

**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE EL FUERO MILITAR RESPECTO A
LOS CASOS DE HOMICIDIO DONDE ESTÁN INVOLUCRADOS MIEMBROS
DE LA FUERZA PÚBLICA**

**AYDA MARINA VELÁSQUEZ ACOSTA
PAOLA MILENA PINZÓN PADILLA**

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN PROCEDIMEITNO PENAL CONSTITUCIONAL Y
JUSTICIA PENAL MILITAR
BOGOTA COLOMBIA
2011 AÑO**

**UNIVERSIDAD MILITAR
NUEVA GRANADA**



**ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL SOBRE EL FUERO MILITAR RESPECTO A
LOS CASOS DE HOMICIDIO DONDE ESTÁN INVOLUCRADOS MIEMBROS
DE LA FUERZA PÚBLICA**

**AYDA MARINA VELÁSQUEZ ACOSTA
PAOLA MILENA PINZÓN PADILLA**

Trabajo Grado Especialización en Procedimiento Penal Constitucional y
Justicia Penal Militar

Director, JAIME ALBERTO SANDOVAL
Coordinador Especialización en Procedimiento Penal Constitucional y Justicia
Penal Militar.

**UNIVERSIDAD MILITAR NUEVA GRANADA
FACULTAD DE DERECHO
ESPECIALIZACION EN PROCEDIMIENTO PENAL CONSTITUCIONAL Y
JUSTICIA PENAL MILITAR
BOGOTA COLOMBIA
2011 AÑO**

“Las buenas costumbres y no la fuerza, son las columnas de las Leyes y el ejercicio de la justicia es el ejercicio de la libertad”.

Simón Bolívar

CONTENIDO

Pág.

RESUMEN	5
INTRODUCCION	6
1. DEFINICION JURISPRUDENCIAL DEL FUERO PENAL MILITAR	8
2. CONOCIMIENTO DE PREVENCION DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR..	12
3. PROCESO PENAL ORDINARIO VS PROCESO PENAL MILITAR EN CASOS DE HOMICIDO	14
3.1 Principio de Juez Natural	14
3.2 Homicidios O “Bajas”	19
4. SUJETO ACTIVO	20
5. COMPILADO JURISPRUDENCIAL	22
6. CONCLUSIONES	25
BIBLIOGRAFIA	26

RESUMEN

Cuando el autor del delito penal es miembro activo de la fuerza pública a la cual se integra de forma exclusiva con el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y la Policía Nacional, estos se encuentran amparados por un fuero penal militar, siempre y cuando este hecho punible se desprenda de un acto propio del servicio o con relacional mismo.

Que el hecho punible tenga relación con el servicio, principio desarrollado en el Código Penal Militar por el cual se establece el ámbito de aplicación de la ley penal militar; en estas normas encontramos que los miembros de las fuerzas públicas pueden involucrarse en la comisión de delitos de naturaleza militares y/o comunes relacionados con el servicio, tales como el homicidio tema central del presente análisis.

SUMMARY

When the author of the criminal offence is an active member of the public force to which it joins of exclusive form with the Army, the Navy, the Air Force and the State police, these are protected by a penal military jurisdiction, always and when this punishable act parts with an own act of the service or with relational same.

That the punishable act has relation with the service, beginning developed in the Penal Military Code which establishes the area of application of the penal military law; in these procedure we think that the members of the public forces can interfere in the commission of military and / or common crimes of military and / or common crimes of nature related to the service, such as the homicide central topic of the present analysis.

INTRODUCCION

El fuero militar es el resultado de la evolución histórica que ha tenido el Derecho Penal Militar, dado que es visible desde la formación de grupos al mando de una persona determinada la cual tenía como función cuidar totalmente una cantidad determinada de individuos y esta protección se llevaba a cabo por medio de las armas tornándose en una fuerza armada y por este mismo estatus ellos eran respetados y tratados de forma especial; esto se resalta en la historia de acuerdo en que las normas que rigen a los miembros de una fuerzas militares se encuentran presentes desde el inicio de los tiempos dando esta en juzgar las situaciones emanadas de la guerra y dando a este un procedimiento especial tomando en cuenta el caso a tratar o las circunstancias que lo llevaron a este.

Es claro que el fuero militar no es un privilegio en un estado social de derecho como el nuestro, dado esto que es una parte de un sistema disciplinario, el cual se encuentra cimentado en el poder de mando y la obediencia que de este se genera, esto se encuentra restringido respecto a la facultad de deliberación y el hecho de comparecer ante tribunales especializados que hacen parte de la fuerza y que serán juzgada por ellos en el hecho de cometer delitos emanados de la función de su servicio, particularmente para el tema tratado en el presente el Homicidio.

La jurisprudencia del Consejo Superior de la Judicatura, Sala Disciplinaria, órgano al que la Constitución de 1991 le atribuyó la función de dirimir los conflictos de competencia que se susciten entre las diversas jurisdicciones, artículo 256, numeral 6, entre ellos, los que se presenten entre la justicia penal militar y la justicia ordinaria, tampoco ha sido unánime. Y, a diferencia de la tesis

mayoritaria de la Corte Suprema de Justicia, en ésta ha imperado la de reconocer competencia a la jurisdicción militar cuando exista directa o indirectamente nexo entre el hecho delictivo y la función militar o policial. Para el efecto, se ha acudido a interpretaciones amplias del texto constitucional, según la cual el fuero militar debe aplicarse cuando el hecho punible se produzca con ocasión del servicio o como consecuencia del mismo, inclusive.

Según lo establecido en la misma norma constitucional, el legislador ha establecido como principios y reglas fundamentales bajo los cuales debe gravitar el fuero militar, los siguientes: legalidad, tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad, favorabilidad, exclusión de analogía, igualdad ante la ley, cosa juzgada, conocimiento de la ley, juez natural, funcionalidad de la pena y de las medidas de seguridad; integración y prevalencia de las normas rectoras.

Es este el caso de los delitos de homicidio, en donde se ha generado una serie de inquietudes por parte de los miembros de la fuerza pública, en el respecto de el tratamiento que se le otorga al juzgamiento a este tipo de delitos, tanto en la parte investigativa como resolutive.

El artículo 221 de la Carta Constitucional define lo siguiente: “De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio conocerán las Cortes Marciales o tribunales Militares con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”. Entendiéndose todos los delitos cometidos por estos en y con ocasión del servicio, incluido el homicidio.

1. DEFINICIÓN JURISPRUDENCIAL DEL FUERO PENAL MILITAR

La Institución del Fuero Penal Militar de consagración constitucional, se encuentra prevista y establecida en el artículo 221 de la C. P. modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 2/95 bajo los siguientes términos: “De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o Tribunales Militares, con arreglo a las prescripciones del Código Penal Militar. Tales cortes o tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro”.

De este precepto surgen dos requisitos fundamentales para la adscripción de la competencia de un proceso penal a la jurisdicción Penal Militar:

La primera que el procesado sea miembro activo de la fuerza pública a la cual se integra de forma exclusiva con el Ejército, la Armada, la Fuerza Aérea y la Policía Nacional, esta última de naturaleza civil según lo expuesto en el artículo 216 de la Constitución Política.

Que el hecho punible tenga relación con el servicio, principio desarrollado en el Código Penal Militar por el cual se establece el ámbito de aplicación de la ley penal militar; en estas normas encontramos que los miembros de las fuerzas públicas pueden involucrarse en la comisión de delitos de naturaleza militares y/o comunes relacionados con el servicio.

En estas condiciones, el Militar que por alguna razón se le atribuyan algún quebranto a la Ley Penal Ordinaria tendrá el fuero constitucional cuando el hecho punible surja como la consecuencia de la prestación del servicio, o

cuando constituya la oportunidad circunstancial para que pueda ejecutar o como la expresión de sus obligaciones consecuentes con el cargo.

De lo anterior se establece que: a) “El Fuero Militar” a que hace referencia la norma constitucional mencionada se circunscribe única y exclusivamente al ámbito de lo penal, en cuanto al juzgamiento de las conductas delictivas realizadas por los miembros de la Fuerza Pública (elemento objetivo) ; b) Dicho fuero cobija a todos los miembros de la Fuerza Pública que al tenor de lo preceptuado por el artículo 216 ibídem está integrada en forma exclusiva por las Fuerzas Militares y la Policía Nacional (elemento subjetivo); c) El fuero militar se restringe a los ilícitos penales cometidos en “servicio activo y en relación con el mismo servicio” (elemento funcional)

Es de resalta que para este tipo de actos se tendrá que tener muy claro el concepto de relación con el servicio el cual se encuentra emitido por el Tribunal Disciplinario, en el auto del 23 de septiembre del 1977 .

De acuerdo a lo previsto por nuestra Constitución Política, las Fuerzas Militares tienen como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional. Por su parte, la Policía Nacional tiene como fin primordial el mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y para asegurar que los habitantes de Colombia convivan en paz (arts. 217 y 218 de la C.P.); funciones estas a las que se contrae el fuero militar.

Entonces, es viable afirmar que la Institución del fuero militar se justifica sólo en razón a la índole e importancia de la actividad que cumple la Fuerza Pública, constituyendo éste una situación particular y especial en que se coloca a éstos sujetos en razón a su misma condición, sacándolos de lo general y común, para darles un tratamiento especializado más no diferente, ni mucho menos

preferente ni privilegiado, como se tiende a creer erradamente, atribuyendo connotaciones que ni la constitución ni la ley han previsto para el fuero militar.

No se trata pues, de favorecer la impunidad con la existencia misma de dicha institución, pero sí, debe ser concebido dicho fuero sólo bajo la perspectiva de la existencia de un órgano jurisdiccional especializado, independiente, autónomo e imparcial, que para el efecto constituye el juez natural especial, a quien la constitución y la ley le ha confiado la misión del juzgamiento de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo y en relación con el servicio. Se tiene entonces que el fuero penal militar da lugar a la existencia de un régimen penal especial y el general lo constituye el régimen penal ordinario.

Con relación a la jurisdicción penal militar y al fuero militar en sentencia C-358 de 1997, M. P. Dr. Eduardo Cifuentes Muñoz¹, tomando en cuenta está sentencia, la jurisdicción penal militar constituye una excepción constitucional a la regla del juez natural general. Por ende, su ámbito debe ser interpretado de manera restrictiva, tal como lo precisa la Carta Política al establecer en su artículo 221 que la justicia penal militar conocerá “de los delitos cometidos por los miembros de la fuerza pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio”. Conforme a la interpretación restrictiva que se impone en este campo, un delito está relacionado con el servicio únicamente en la medida en que haya sido cometido en el marco del cumplimiento de la labor - es decir del servicio - que ha sido asignada por la Constitución y la ley a la Fuerza Pública. Esta definición implica las siguientes precisiones acerca del ámbito del fuero penal militar:

¹ Diversas sentencias de la Corte Suprema de Justicia y de la Corte Constitucional han reiterado que el fuero penal militar tiene carácter excepcional y restringido. Al respecto ver, entre otras, las siguientes providencias de la Corte Suprema de Justicia: sentencia del 4 de octubre de 1971, M.P. Eustorgio Sarria, Gaceta Judicial CXXXVIII, p. 408; auto del 22 de septiembre de 1989, M.P. Edgar Saavedra, proceso 4065; sentencia del 14 de diciembre de 1992, M.P. Dídimo Páez, proceso 6750; sentencia del 7 de julio de 1993, M.P. Gustavo Gómez, proceso 7187; sentencia del 26 de marzo de 1996, M.P. Jorge Córdoba, proceso 8827. Entre la jurisprudencia de la Corte Constitucional ver el auto 012 de 1994, M.P. Jorge Arango, y las sentencias C-399 de 1995 y C-17 de 1996, M.P. Alejandro Martínez Caballero.

- a) que para que un delito sea de competencia de la justicia penal militar debe existir un vínculo claro de origen entre él y la actividad del servicio, esto es, el hecho punible debe surgir como una extralimitación o un abuso de poder ocurrido en el marco de una actividad ligada directamente a una función propia del cuerpo armado. Pero aún más, el vínculo entre el delito y la actividad propia del servicio debe ser próximo y directo, y no puramente hipotético y abstracto. Esto significa que el exceso o la extralimitación deben tener lugar durante la realización de una tarea que en sí misma constituya un desarrollo legítimo de los cometidos de las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional...
- b) que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad. En estas circunstancias, el caso debe ser atribuido a la justicia ordinaria, dada la total contradicción entre el delito y los cometidos constitucionales de la Fuerza Pública...
- c) que la relación con el servicio debe surgir claramente de las pruebas que obran dentro del proceso. Puesto que la justicia penal militar constituye la excepción a la norma ordinaria, ella será competente solamente en los casos en los que aparezca nítidamente que la excepción al principio del juez natural general debe aplicarse. Ello significa que en las situaciones en las que exista duda acerca de cuál es la jurisdicción competente para conocer sobre un proceso determinado, la decisión deberá recaer en favor de la jurisdicción ordinaria, en razón de que no se pudo demostrar plenamente que se configuraba la excepción”.

2. CONOCIMIENTO DE PREVENCIÓN DE LA JUSTICIA PENAL MILITAR

En nuestro país las Fuerzas Militares se encuentran cobijadas por una legislación especial denominada DERECHO PENAL MILITAR este encuentra sumergido en una jurisdicción especial por medio de la cual se le otorgan unas excepciones al principio de JUEZ NATURAL, dando esto como resultado que los miembros de las Fuerzas Militares que se encuentren en servicio activo y que en cumplimiento de su misión legal y constitucional cometa delitos relacionados a sus funciones será juzgado en base a las normas establecidas en el DERECHO PENAL MILITAR.

Para saber de dónde emana esta norma es de resaltar que nuestra justicia penal militar también es una herencia española; el profesor Leonel Olivar Bonilla, citado por Edgar Peña Velásquez², lo muestra claramente. Sostiene el autor citado que en el período de colonia las fuentes de ésta especial rama del derecho, estuvieron circunscritas a las distintas recopilaciones, partidas y mandatos de la real audiencia.

El siguiente estadio en la historia de la justicia penal militar lo representan las normas de la confederación granadina, (Nombre tomado por Colombia, antes de la constitución de 1853) vigentes hasta el primero de febrero de 1859. Estas normas irían a integrar el corpus iuris del código penal de los Estados Unidos de Colombia, en el año 1881 y mediante la Ley 35, se expidió un nuevo Código Militar con arreglo al derecho de gentes que tuvo vigencia durante 63 años. Específicamente fue una norma que se relacionaba con la organización militar, pero poseía un capítulo sobre delitos militares, en el año 1945,

² Peña Velásquez Edgar. Comentarios al nuevo código penal Militar. Ediciones librería el profesional.. primera edición; Bogotá D.C., 2001. Pág. 5

mediante la ley tercera (3ª), se expidió un nuevo código penal militar, que fue en breve reemplazado por los decretos 1125 del 31 de marzo 1950 y 957 del 14 de marzo del mismo año³. Este fue el primer código penal militar que trajo un título y capítulo sobre delitos por infracciones al DIH. Así se habla de perfidia, de trato a los prisioneros de guerra, de la prohibición de ciertas armas. Artículos 209 y siguientes.

Luego en el año 1958 se expediría mediante el decreto 250 un nuevo código que consagraría la equivalencia, para efectos de juzgamiento, entre los términos “militar o militares” y policía. En el año 1988 se expide un nuevo decreto, el 2550; reglamentado por el acto administrativo 1562 de 1992 y finalmente, ya bajo la vigencia de la constitución de 1991 se expide la ley 522 de 1999, que entro a regir en agosto del año 2000 y es el actual código penal militar. Ésta última codificación tiene puntos trascendentales a nivel de DIH y de DIDH, ya que estableció para dichos delitos la competencia de la justicia ordinaria.

La normatividad que prevé los tipos penales especiales salvaguarda la visión de una garantía de naturaleza extraordinaria, denominada fuero,⁴ tomando el significado de esta palabra la cual emana del latín “fórum” que significa foro o tribunal⁵, tomando en cuenta lo anterior este concepto se encuentra ligado al concepto de jurídico entendiendo lo anterior como la competencia de un tribunal para jugar a determinadas personas teniendo en cuenta para este juzgamiento su investidura o su profesión.

³ Código de justicia penal militar. República de Colombia. Estado mayor de las fuerzas militares. Imprenta del Estado mayor general. 1950. biblioteca del general Roberto Mejía Soto. Pág. 1

⁴ la misma corte constitucional en sentencia C – 141 de 1995, indico respaldando nuestra posición frente al fuero lo siguiente: “ no puede entenderse el fuero militar asociado, como en el pasado, a la idea de privilegio, prerrogativa, prebenda o gracia especial para el juzgamiento de los miembros de la fuerza pública por los delitos que cometan con ocasión del servicio que cumplen, en condiciones materiales y jurídicas diferentes frente a las demás personas sobre las cuales recae en un momento dado la acción punitiva del Estado que favorezca la impunidad, pues ello implicaría el reconocimiento de un trato particularizado, contrario al principio de igualdad y a la idea de justicia.

⁵ RODRIGUEZ USSA, Francisco. Estado de Derecho y Jurisdicción Penal Militar. Bogotá: Editorial Compoarte 1980. p.9 y Sts.

3. PROCESO PENAL ORDINARIO VS PROCESO PENAL MILITAR EN CASOS DE HOMICIDIO

3.1 PRINCIPIO DEL JUEZ NATURAL.

Teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 29 de la Constitución Política, como parte integrante del derecho fundamental al debido proceso, fue desconocido por el convenio suscrito por el Ministerio de Defensa y la Fiscalía General de la Nación, en el entendido que éste permite que los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública sean conocidos por la jurisdicción ordinaria y no por la Justicia Penal Militar, por lo que también resultan violados los artículos 221, 250 y 256 de la Constitución Política y 264 del Código Penal Militar.

La Justicia Penal Militar constituye, así, “una excepción a la regla general que otorga la competencia del juzgamiento de los delitos a la jurisdicción ordinaria”⁶. Se trata de un desarrollo normativo particular, tanto a nivel sustancial como procedimental, que se sustenta en las siguientes razones:

(i.) En primer lugar, debe hacerse referencia a la *naturaleza* propia de los hechos y actos que son objeto de la regulación penal militar. Se trata de conductas que están subordinadas a “reglas de comportamiento extrañas a las de la vida civil que marcan una abierta incompatibilidad con el sistema punitivo

⁶ Cfr. Sentencia C-676 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. En esta oportunidad se declaró exequible la expresión “*oficial*” contenida en los artículos los artículos 77 del Decreto 1790 de 2000 y 35 del Decreto 1791 de 2000. La Corte al analizar disposiciones contenidas en la regulación del régimen de carrera del personal de oficiales y suboficiales de la Fuerza Pública, en la que se establecían los requisitos para ser juez de primera instancia en la justicia penal militar, consideró necesario hacer algunas alusiones a la naturaleza particular de dicha jurisdicción en los términos reseñados.

a cargo de la jurisdicción ordinaria”⁷. El propio Congreso, en ejercicio de sus funciones constituyentes, reconoció esta realidad que establece diferencias apreciables entre las responsabilidades y deberes que se predicán de un ciudadano y las de un miembro de la Fuerza Pública, circunstancia que tiene claras consecuencias en materia penal. Así, al proponer algunas reformas al texto original del artículo 221 de la Constitución Política –contenidas en el Acto Legislativo No. 2 de 1995- el Congreso señaló que la legislación sustantiva militar “contempla una serie de delitos especiales muy característicos de la naturaleza de la institución militar”, pues sólo un militar, “sabe las grandes consecuencias que tiene para sus compañeros y para el servicio el incumplimiento de sus deberes (v.gr. que un centinela se quede dormido)”⁸. Por eso, “porque la actividad militar es tan diferente a la apacible vida de los civiles”⁹, se necesitan crear las condiciones que hagan posible la buena marcha de la labor que cumple la fuerza pública, definiendo con rapidez la situación jurídica de sus miembros sindicados de la comisión de un delito.

(ii.) Esta distinción de los comportamientos que hacen parte de la regulación en materia penal militar y que crea un régimen penal distinto al aplicable a los ciudadanos en general, también se expresa en el *objeto* específico de los asuntos que le corresponde conocer y juzgar a dicha jurisdicción. El Ordenamiento Superior señala con precisión que “sólo podrán ser juzgados por la jurisdicción penal militar, los miembros activos de la fuerza pública -entiéndase fuerza militar y policía nacional-, cuando éstos comentan un delito

⁷ Ibíd. Sentencia C-676 de 2001. Al mismo carácter excepcional que se le reconoce a la jurisdicción penal militar se han referido, entre otras, las sentencias C-358 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz; C-368 de 2000 M.P. Carlos Gaviria Díaz; C-978 de 2000 M.P. Alfredo Beltrán Sierra, C-361 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra, C-676 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra. y C-740 de 2001 M.P. Alvaro Tafur Galvis.

⁸ Cfr. Exposición de motivos y discusiones alrededor del proyecto de Acto Legislativo No. 2 de 1995. Gaceta del Congreso No. 11 del 2 de junio de 1995, pp. 1 y 2).

⁹ Ibíd. Exposición de motivos y discusiones alrededor del proyecto de Acto Legislativo No. 2 de 1995.

relacionado con el servicio mismo”¹⁰. Así, se ha dicho que son dos los elementos que deben estar presentes para que opere la competencia de las Cortes marciales o tribunales militares: “el primero, de carácter *subjetivo* -pertener a la institución castrense y ser miembro activo de ella- y el segundo, de carácter *funcional* -por cuanto el delito cometido debe tener relación con el servicio-”¹¹.

(iii.) Con fundamento en estos dos elementos materiales referidos en el artículo 221 de la Carta Política la jurisprudencia de esta Corporación ha señalado el *alcance* de la legislación en materia penal militar. De una parte, fue el propio constituyente quien reconoció al legislador un margen amplio de configuración para “regular, mediante un código, la estructura y funcionamiento de las cortes marciales y tribunales militares; lo cual, por supuesto, incluye el catálogo de las conductas criminalmente reprochables, el sistema procedimental al que deben ajustarse los juicios que ante ellas se adelanten y el régimen del personal que

¹⁰ Cfr. Corte Constitucional Sentencia C-978 de 2000. M.P. Alfredo Beltrán Sierra. En esta ocasión el análisis del contenido del artículo 221 de la Constitución se hizo a propósito de la declaración de exequibilidad del artículo 2 de la Ley 522 de 1999 debido a que en tal disposición, a diferencia de lo que consideraba el actor, se estableció un concepto claro e inequívoco de lo que ha de entenderse por el término “*relación con el servicio*”, elemento esencial para delimitar el fuero militar que la Constitución consagra en el artículo 221. Se añadió, entonces, que “[l]a exigencia de que la conducta punible tenga una relación directa con una misión o tarea militar o policiva legítima, obedece a la necesidad de preservar la especialidad del derecho penal militar y de evitar que el fuero militar se expanda hasta convertirse en un puro privilegio estamental. En este sentido, no todo lo que se realice como consecuencia material del servicio o con ocasión del mismo puede quedar comprendido dentro del derecho penal militar, pues el comportamiento reprochable debe tener una relación directa y próxima con la función militar o policiva. El concepto de servicio no puede equivocadamente extenderse a todo aquello que el agente efectivamente realice. De lo contrario, su acción se desligaría en la práctica del elemento funcional que representa el eje de este derecho especial”. Se recoge aquí la jurisprudencia de la Corte ya establecida en la sentencia C-358 de 1997 M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz.

¹¹ Ibíd. Sentencia C-978 de 2000. Sobre el particular, la misma jurisprudencia de la Corte ha señalado que “que cuando el Constituyente hizo referencia a que el fuero militar ha de operar cuando el delito tenga ‘relación con el servicio’, está indicando que el acto delictivo por el cual un miembro de la fuerza pública puede ser juzgado por la justicia penal militar ha de ser cometido en ejercicio de ‘las actividades concretas que se orienten a cumplir o realizar las finalidades propias de las fuerzas militares -defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional- y de la policía nacional -mantenimiento de las condiciones necesarias para el ejercicio de los derechos y libertades públicas y la convivencia pacífica-’, en donde se hace necesario distinguir entre los actos que ejecuta el miembro de la fuerza pública en ejercicio de las actividades propias de su cargo, y aquellos que puede ejercer como cualquier persona dotada de la capacidad de actuar delictivamente. Distinción ésta que, en su momento, corresponderá ejercer a las autoridades encargadas de las funciones de investigación, acusación y juzgamiento”.

tiene a su cargo el ejercicio de la función jurisdiccional”¹². Ahora bien: de la lectura del artículo 221 Constitucional “no se deriva que el Código Penal Militar disfrute de una especie de privilegio regulativo o ‘reserva de código’ por virtud de la cual, sólo a él le compete diseñar la estructura jurídica de la Justicia Penal Militar, pues es claro que el legislador conserva el derecho, derivado de su competencia general normativa, de introducir, mediante leyes ordinarias, las modificaciones y regulaciones que considere necesarias”¹³.

(iv.) Finalmente, la posibilidad de crear una regulación penal específica para el estudio y juzgamiento de las conductas típicas, antijurídicas y culpables cometidas en relación con el servicio que prestan los miembros de las Fuerzas Armadas y de la Policía Nacional, que se funda en la existencia de una clara diferencia respecto de la *naturaleza* de la actividad que se regula, el *objeto* de la misma y *el sentido y alcance* de sus disposiciones, también tiene consecuencias en el plano *instrumental*. Este es un elemento esencial para comprender el contenido del artículo 221 de la Constitución, pues los principios allí contenidos –que hacen alusión a la existencia del fuero militar y de tribunales y cortes militares- se concretan en la medida en que existan normas que describan de manera autónoma los delitos que juzga la jurisdicción penal militar, las autoridades competentes para juzgarlos y el procedimiento aplicable en cada evento.

Como se aprecia, la naturaleza de la actividad que desarrollan los miembros de la Fuerza Pública, el objeto sobre el que recae la jurisdicción penal militar, el alcance de la legislación de esta materia y la manera como se instrumentaliza concretamente el proceso que se aplica a sus miembros identifica una regulación singular que le corresponde desarrollar al legislador en desarrollo de la Constitución. Sin embargo, la concreción de materias relacionadas, por ejemplo, con el fuero militar, la existencia de jueces y tribunales militares y el

¹² Cfr. Sentencia C-676 de 2001 M.P. Marco Gerardo Monroy Cabra.

¹³ Ibíd. sentencia C-676 de 2001.

señalamiento de un sistema procesal específico para actuar ante tal jurisdicción aunque crea un marco normativo diferente al régimen ordinario, ha de interpretarse necesariamente de manera restringida¹⁴. La existencia de un régimen especial en materia penal militar no puede convertirse en una razón que justifique el desconocimiento de la Constitución y los derechos fundamentales que el Ordenamiento Superior reconoce a todos los ciudadanos - también a quienes forman parte de la fuerza pública. En ese orden de ideas, al juez de constitucionalidad le corresponderá establecer la conformidad entre la regulación que desarrolla la jurisdicción penal aplicable a los miembros de la fuerza pública y la Carta Política

Los artículos 221 y 250 de la Constitución Política establecen un fuero especial para los miembros de la fuerza pública, en virtud del cual, los delitos que éstos cometan **en servicio activo o en relación con el mismo servicio**, serán investigados y juzgados por las cortes marciales, vale decir, por la Justicia Penal Militar. De la misma manera, el artículo 264 del Código Penal Militar señala que la etapa de investigación de dichos delitos la adelantará el correspondiente funcionario de instrucción de la citada jurisdicción.

Dentro del proceso penal militar se tiende a administrar Justicia sobre delitos cometidos por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo y en relación con el mismo servicio a pesar de no depender esta de la estructura orgánica de la Rama Judicial, debe aceptarse que todas aquellas garantías y principios que conforman la noción de debido proceso, resultan igualmente aplicables en esta jurisdicción especial.

¹⁴ Cfr. Corte Constitucional. Auto No. 12 del 1o de agosto de 1994. Magistrado Ponente: Jorge Arango Mejía. En dicha oportunidad, la Corte aludió, una vez más, al alcance y sentido restringido de las reglas especiales que contiene el régimen penal militar.

3.2 HOMICIDIO O “BAJAS”

El homicidio se considera una conducta, puede ser clasificada como Conducta de Acción cuando el sujeto activo efectúa los movimientos corpóreos necesarios para producir el resultado de la muerte del sujeto pasivo, y Conducta de Omisión u Omisión Impropia, en la que el sujeto activo deja de hacer lo que de él se esperaba como tutor de una vida y debido a ello se produce el como resultado la muerte. Por ejemplo, una madre que deja de alimentar a su hijo, con el resultado de la muerte de éste, sería un caso de homicidio por omisión, puesto que la madre es responsable de mantener con vida a un individuo que no puede hacerlo por sí mismo.

Las “bajas” producidas fuera de combate o con el uso desmedido de la fuerza, no es consecuente con los criterio de absoluta necesidad y de proporcionalidad y se estaría enmarcando esta conducta en el uso abusivo y desmedido de la fuerza, generándose así un hecho en donde se viola el derecho a la vida, en estos términos se puede establecer que una baja derivada de una legítima defensa institucional la muerte de un subversivo cuando esta es producida en el fragor de un enfrentamiento o combate. Como se anoto antes debe realizarse previo a cualquier juicio una valoración se puede enmarcar esta actuación cuando emane de la legítima defensa institucional o se emane del homicidio

Es claro que provocar la muerte de una persona de manera derivada de estas situaciones o elaborar reportes estadísticos, por un conjunto de razones jurídicas, éticas y profesionales.

Si se remite esta conducta que se encuentra tipificada en el Código Penal, ley 599 del 24 de julio de 2000, ARTICULO 103. HOMICIDIO. El que matare a otro, incurrirá en prisión de trece (13) a veinticinco (25) años.

4. SUJETO ACTIVO

La Institución del sujeto activo revestido del Fuero Penal Militar de consagración constitucional, se encuentra prevista y establecida en el artículo 221 de la C. P. modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo 2/95 .

Para establecer la calidad del actor, llamado sujeto activo en esta rama del derecho es preciso remontarse a la génesis propia de la doctrina, en donde los sujetos activos son clasificados de diversas formas. Para la Justicia Penal Militar el sujeto activo debe tener determinadas características personales y facultativas para completar la previsión típica, como es el caso de los miembros de la fuerza pública, conforme a la noción del delito de función.

Si bien es cierto para ser miembro de la Fuerza Pública (Fuerzas Militares y de Policía) se requiere de una amplia y encausada preparación en los centros de formación, donde por el lapso de un determinado tiempo y culminado este mediante una resolución o decreto se jura cumplir con la Constitución y la Ley, siendo estas personas idóneas para cumplir los fines del Estado. Es por tal razón que no cualquier persona puede tener la calidad de miembro de la Fuerza Pública, por cuanto es un sujeto que cuenta con calidades determinadas.

La antijuridicidad se determina como la afectación del deber funcional, sin justificación alguna. Por tanto, sólo pueden ser tipificadas como conductas relevantes en el ámbito penal militar aquellos comportamientos que afecten los deberes funcionales de quienes cumplen funciones públicas y que pueden ser considerados como un hecho delictivo. En derecho penal militar el fundamento de la imputación y, en consecuencia, del ejercicio de la potestad sancionadora

del Estado, está determinado por la infracción de los deberes funcionales del servidor público que ponen en peligro o afectan la administración pública.

En ese marco, las autoridades de la República investidas de autoridad y que han sido previamente preparadas por el Estado y a través de las cuales, el mismo Estado actúa como personificación jurídica, están instituidas para asumir sus funciones como garantes de sus fines esenciales y no les está permitido incumplir con tal misión, hallarse ajeno a tales propósitos demanda su responsabilidad inmediata. De allí que, de acuerdo con el artículo 6º superior, ellas respondan por infringir la Constitución y la Ley y por omisión o extralimitación en el ejercicio de sus funciones. Esto es entendible por que la atribución de función pública genera una **“relación especial de sujeción entre el servidor público y el Estado”** y esa relación determina, no sólo el ámbito de maniobra de las autoridades frente a la realización de los fines estatales, sino que también precisa el correlativo espacio de su responsabilidad, independientemente de la especificidad que en cada caso pueda asumir la potestad sancionadora del Estado. De allí que la antijuridicidad de la acción delictiva se entienda como la ilicitud sustancial del deber funcional a cargo del servidor público o del particular que cumple funciones públicas”.

La naturaleza del delito de función no depende de las circunstancias de hecho, sino del carácter de interés institucionalmente vital que se esté refiriendo en el acto propio, que se ve afectado mediante otro acto perpetrado por un miembro de la fuerza pública en servicio.

Sujeto Activo: Es aquel que ejecuta la conducta de acción o de omisión, para producir el resultado de muerte.

5. COMPILADO JURISPRUDENCIAL

Con la expectativa de complementar el alcance y existencia del fuero, en el sentido de la Justicia Penal Militar y con el propósito de tener un acercamiento propio a la realidad jurisprudencial actual, es preciso traer a colación unos de los caso más sonados en la rama como son:

Masacre de Mapiripán¹⁵. Es de resaltar que en este caso podemos ver como se torna y se fundamenta más formalmente la posición del estado con relaciona a la justicia penal militar colombiana.

“Brigadier General Uscátegui Ramírez y el Teniente Coronel Orozco por coparticipación en los delitos de secuestro y homicidio. Sin embargo, tras la colisión de competencia (sic) promovida por el Comandante del Ejército, la causa contra estos dos oficiales de alto rango fue transferida a la justicia penal militar bajo los cargos de presunta comisión de conductas omisivas relacionadas con la función militar y falsedad ideológica de documento público. La Comisión ha tomado conocimiento de que el 13 de febrero de 2001 el Brigadier General (R) Uscátegui fue condenado a la pena de 40 meses de prisión por el delito de prevaricato por omisión, absuelto por el cargo de falsedad de documento público y cesado todo procedimiento en su contra por las sindicaciones de homicidio, tortura, conformación de grupos paramilitares y secuestro extorsivo. Asimismo, el Teniente Coronel Orozco fue condenado a 38 meses de prisión por el delito de omisión de conductas relacionadas con la función militar.

33. La Comisión se ha pronunciado en forma reiterada en el sentido de que la jurisdicción militar no constituye un foro apropiado y por lo tanto no brinda un recurso adecuado para investigar, juzgar y sancionar

¹⁵ CIDH. Informe N° 34/01. Caso 12.250. Masacre De Mapiripán. Colombia. 22 De Febrero De 2001

violaciones a los derechos humanos consagrados en la Convención Americana, presuntamente cometidas por miembros de la fuerza pública o con su colaboración o aquiescencia.[22] Asimismo, la Corte Interamericana ha confirmado recientemente que la justicia militar sólo constituye un ámbito adecuado para juzgar a militares por la comisión de delitos o faltas que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar. (Negrillas propias)

34. En el presente caso, la transferencia a la jurisdicción militar de la causa contra los militares de alto rango presuntamente involucrados en la masacre, sumada a la degradación de los cargos originariamente formulados por la justicia ordinaria, sugieren que los familiares de las víctimas se han visto privados de acceder a un recurso adecuado para la investigación, juzgamiento y sanción de los responsables de los graves hechos denunciados por los peticionarios, en los términos del artículo 46(2) de la Convención Americana y la jurisprudencia de la Corte Interamericana.

35. En cuanto a la actividad desplegada por la justicia ordinaria, la información aportada por ambas partes indica que se han dictado medidas de aseguramiento contra una serie de personas vinculadas a la investigación, incluyendo a conocidos líderes de las AUC y miembros del Ejército, algunos de los cuales estarían siendo juzgados. Sin embargo, según han señalado los peticionarios y ha reconocido el Estado, existen órdenes de detención que no han sido ejecutadas después de transcurridos más de tres años de los graves hechos denunciados, a pesar de vincular a personas que mantienen contacto cotidiano con la prensa y en ocasiones, como es de conocimiento público, con funcionarios oficiales. Asimismo, la investigación destinada a vincular al resto de los aproximadamente cien miembros de las AUC que participaron de la autoría material de la masacre continúa abierta.

36. Como regla general, una investigación penal debe realizarse prontamente para proteger los intereses de las víctimas, preservar la prueba e incluso salvaguardar los derechos de toda persona que en el contexto de la investigación sea considerada sospechosa. La Comisión aprecia la tarea realizada por la Unidad de Derechos Humanos de la Fiscalía General de la Nación; sin embargo, la falta de vinculación de la vasta mayoría de los partícipes en los hechos del caso, sumado a la falta de ejecución de la captura del líder máximo y presunto coautor intelectual de la masacre, constituyen una manifestación de retardo y de las escasas perspectivas de efectividad de este recurso a los efectos del requisito establecido en el artículo 46(2) de la Convención Americana.[24] Según ha señalado la Corte Interamericana, si bien toda investigación penal debe cumplir con una serie de requisitos legales, la regla del previo agotamiento de los recursos internos no debe conducir a que la actuación internacional en auxilio de las víctimas se detenga o se demore hasta la inutilidad.[25]

37. Por lo tanto, dadas las características del presente caso, la Comisión considera que resulta aplicable la excepción prevista en el artículo 46(2)(c) de la Convención Americana, por lo que los requisitos previstos en la Convención Americana en materia de agotamiento de los recursos internos y, en consecuencia, el plazo de seis meses para la presentación de la petición, no resultan aplicables.”

Es de resaltar que en este caso podemos denotar como se deja a un lado el fuero penal militar por razones de claridad procesal según lo expuesto por los intervinientes en el mismo y por tal manera no se puede aludir que se encontraba en una función de su investidura.

6. CONCLUSIONES

1. El Derecho Penal Militar es una rama del Derecho en constante evolución, sin ser este eximente de controversias al interior de la misma, teniendo en cuenta que se alimenta de fuentes tales como la Constitución, la Ley y la Jurisprudencia, esta última como generadora de inquietudes, su finalidad es proteger ciertos bienes jurídicos tutelados a los miembros de la Fuerza Pública.
2. La justificación del Fuero Penal Militar se centra en un conjunto de requisitos y calidades especiales para su aplicación, por ello se tratan términos tales como calidades, facultades y función. Siendo estos los marcadores de la fuerza pública como garantizados dentro del ámbito foral. Es por esto que las características de las actividades propias prestadas por los miembros de la Fuerza Pública está enmarcada en una excepción Constitucional que regla el principio del Juez Natural señalada esta en el artículo 221 de la Carta Magna y establecida exclusivamente a la jurisdicción penal militar.
3. Particularmente cuando el hecho delictivo ocasionado por el sujeto activo determinado es el tipo penal homicidio, es preciso tener claro la comisión de la conducta y las causales y formas de concurrencia de la misma, es decir el modo, el medio y la forma en que se consigue la realización efectiva de la acción calificada como típica y antijurídica.

. BIBLIOGRAFIA

ACTO LEGISLATIVO No. 02 de 1995 Diario Oficial No 42.159, del 21 de diciembre de 1995.

CODIGO PENAL MILITAR Bogotá, Colombia: ediciones Doctrina y Ley Ltda. (Ley 522 de 1999)

CONSTITUCION POLITICA DE COLOMBIA Bogotá, Colombia: Legis editores Bogotá, Colombia 1999

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Jurisprudencia Penal. M.P. Sra. Marina Pulido de Barón. 2004

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Jurisprudencia Penal, segundo Semestre, 1986. Editora Jurídica de Colombia

GÓMEZ VELÁSQUEZ GUSTAVO. Código de Procedimiento Penal Colombiano, comentado. Colección Pequeño foro, Bogotá. 1997

Ley 906 de 2004

Sentencias C-152 del 1993, Corte Constitucional

Sentencias C-240 del 1994, Corte Constitucional

Sentencias C-141 del 1995, Corte Constitucional

Sentencias C-399 del 1995, Corte Constitucional

Sentencias C-47 del 1996, Corte Constitucional

Sentencias C-196 del 1997, Corte Constitucional

| Sentencias C-358 del 1997, Corte Constitucional

Sentencias C-561 del 1997, Corte Constitucional

Sentencias C-145 del 1998, Corte Constitucional

Sentencias C-757 del 2002, Corte Constitucional

Sentencias C-391 del 2005, Corte Constitucional

Sentencias C-176 del 2005, Corte Constitucional

SUÁREZ SÁNCHEZ, ALBERTO. *El Debido Proceso Penal*. UNIVERSIDAD EXTERNADO DE COLOMBIA. 1ª Edición. Bogotá D.C. 2002.